



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 678/2021

EXP. N.º 03691-2016-PA/TC
LIMA
SEGUNDO CERVANTES
COLCHADO

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 10 de junio de 2021, los magistrados Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales (con fundamento de voto), Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto) han emitido, por mayoría, la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. **ORDENAR** al Hospital Militar Central que realice, a don Segundo Cervantes Colchado, un peritaje médico legal o informe médico que determine su real y actual estado de salud, en el plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.
3. **CONDENAR** al emplazado al pago de costos procesales a favor del recurrente.

El magistrado Sardón de Taboada emitió un voto singular declarando infundada la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03691-2016-PA/TC
LIMA
SEGUNDO CERVANTES
COLCHADO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de junio de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa aprobado en la sesión de Pleno de fecha 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Segundo Cervantes Colchado contra la resolución de fojas 93, de fecha 19 de julio de 2016, expedida por la Cuarta Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de marzo de 2015, don Segundo Cervantes Colchado interpuso demanda de amparo contra el director general del Hospital Militar Central, con emplazamiento de la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ejército del Perú. Solicita que se ordene que se le practique un peritaje médico legal en el Hospital Militar Central, Departamento de Otorrinolaringología. Alega la vulneración a sus derechos a la salud, seguridad social, integridad física e igualdad ante la ley.

Aduce que padece hipoacusia neurosensorial derecha profunda e izquierda moderada, a causa del atentado terrorista del que fue víctima cuando, en su condición de integrante del Regimiento de Caballería Glorioso Húsares de Junín N.º 1 - Libertador del Perú, se desplazaba junto a otros integrantes del citado regimiento por el jirón Junín, Cercado de Lima, con dirección a Palacio de Gobierno, el 3 de junio de 1989. Indica que el director del Hospital Militar Central ha desestimado su solicitud de peritaje médico legal, presentada con fecha 9 de enero de 2015, sin que exista un sustento legal para ello. Por lo que solicita que se le practique el peritaje médico legal a fin de evaluar el estado real de su salud. Asimismo, sostiene que el peritaje médico legal le servirá para solicitar, posteriormente, su pensión de invalidez correspondiente.

El Trigésimo Tercer Juzgado Especializado Civil de Lima declaró improcedente la demanda; por considerar que el demandante no ha agotado la vía previa; por cuanto ante la respuesta del director del Hospital Militar Central, de fecha 11 de febrero de 2015, no presentó impugnación alguna. Asimismo, señala que el actor no acredita la utilidad del peritaje médico legal solicitado, dado que en el citado nosocomio poseen su historial médico.



La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada por considerar que el proceso contencioso administrativo es la vía idónea para dilucidar la presente controversia, pues cuenta con una estación probatoria de la que carece el proceso de amparo. Por ello, resulta de aplicación la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, mediante auto de fecha 28 de junio de 2019, dispuso la admisión a trámite de la demanda de amparo y concedió al Hospital Militar Central y a la Procuraduría a cargo de los asuntos judiciales del Ejército del Perú un plazo de diez días hábiles para que tomen conocimiento de lo actuado, a fin de que, en ejercicio de su derecho de defensa, aleguen lo que juzguen conveniente. Vencido dicho plazo, continuará el trámite de la causa según su estado.

El procurador público del Ejército del Perú contestó la demanda expresando, entre otras razones, que el recurrente no acredita que el problema de salud —que supuestamente presenta— se haya originado en la actividad militar; toda vez que, según consta en su libreta militar, el motivo de su baja fue por tiempo cumplido. De allí que, en el supuesto que haya sido agraviado con el atentado terrorista que alega, se recuperó totalmente, pues no reclamó el motivo de su baja. Asimismo, expresa que conceder el examen de peritaje médico abriría el camino legal, al personal militar dado de baja por tiempo cumplido y en perfecto estado de salud, para pedir pensiones después de un excesivo tiempo fuera de las filas de la institución, pese a que ellos mismos pudieran deteriorar su salud con el transcurso de los años.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita que se le practique un peritaje médico legal en el Hospital Militar Central, Departamento de Otorrinolaringología. Se invoca la vulneración a sus derechos a la salud, seguridad social, integridad física e igualdad ante la ley.

§2. El derecho a la salud en el ordenamiento jurídico internacional

2. El derecho a la salud goza de un reconocimiento y de una protección a nivel internacional a través de declaraciones, pactos y convenios (tanto de alcance universal como regional), de los cuales nuestro país es parte.
3. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su artículo 25, señala lo siguiente:

[T]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tienen asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de



pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

4. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) reconoce, mediante el inciso 1 del artículo 12, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Al respecto, el Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General 14, aprobada en el 22 periodo de sesiones (2000), párrafo 1, ha precisado que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.
5. Continúa el Comité, en el párrafo 3, señalando que el derecho a la salud está estrechamente vinculado al ejercicio de otros derechos humanos y que de él dependen, en particular, los derechos a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a la vivienda, al trabajo, a la alimentación, a la dignidad humana, entre otros. Todos ellos configuran los componentes integrales del derecho a la salud. De esta manera, se entiende que el Comité brinda un enfoque de integralidad e interdependencia de los derechos humanos.
6. El Pidesc también establece, en el artículo 12, la obligación de los Estados de adoptar medidas orientadas a asegurar la plena efectividad del derecho a la salud. Entre ellas, puede destacarse la indicada en el literal “d”, inciso 2, del mencionado dispositivo, referida a la obligación de crear las condiciones que aseguren a todas las personas asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.
7. Al respecto, el Comité, en el párrafo 17 de la referida observación, interpreta que la asistencia y los servicios médicos deben brindarse, sin distinción alguna, a todas las personas en caso de enfermedad. Asimismo, considera que el cumplimiento de la referida disposición incluye, entre otros aspectos, acceso igual y oportuno a los servicios básicos, de medicamentos esenciales, tratamientos y atención apropiada para quienes así lo requieran en caso de enfermedad.
8. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si bien no se refiere directamente al derecho a la salud, en su artículo 26 —al establecer que los Estados parte se comprometen a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos derivados de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)—, tutela de manera implícita o indirecta dicho atributo. Al respecto, los literales “i” y “j” del artículo 34 de la Carta de la OEA establecen que los Estados convienen en dedicar sus esfuerzos a la consecución de la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica, así como de condiciones urbanas que permitan una vida sana, productiva y digna. En este sentido, estas disposiciones se hacen exigibles a través del artículo 26 de la Convención.



9. Finalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” define, en su artículo 10, el derecho a la salud como “el disfrute del más alto posible de bienestar físico, mental y social. Asimismo, compromete a los Estados parte a reconocer la salud como un bien público y a adoptar una serie de medidas para garantizar este derecho”.
10. En suma, de los acuerdos internacionales antes mencionados, puede concluirse que se establece un reconocimiento explícito o implícito del derecho a la salud como uno intrínseco a la naturaleza humana; y que, por consiguiente, se torna como fundamental e indispensable para el pleno ejercicio de los demás derechos fundamentales. Por lo tanto, el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas adecuadas y orientadas a asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, y a crear condiciones que aseguren a todas las personas asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad, desempleo, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

§3. El reconocimiento constitucional del derecho a la salud

11. Cuando el artículo 7 de nuestra norma fundamental establece que “todos tienen derecho a la protección de su salud, [...] así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”, se refiere a que la salud no es solo un atributo esencial de carácter universal, sino que el Estado, la sociedad y cualquier individuo en particular tienen la obligación de fomentar condiciones que faciliten o viabilicen su plena realización.
12. En el caso específico del Estado —que, en relación con el caso concreto, es el que interesa—, no solo existe la obligación de promover todo tipo de servicios que permitan que la persona (cualquier persona) pueda alcanzar el más alto nivel de salud, sino que se brinden en forma óptima o adecuada. Características de dicho atributo son, por ello, y como lo ha subrayado este Tribunal Constitucional en más de una oportunidad, la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad (fundamento 45 de la sentencia recaída en el Expediente 5842-2006-HC/TC).
13. Los servicios públicos de salud cobran vital importancia en la sociedad, pues de su prestación eficiente depende la vida e integridad de los pacientes. Cabe agregar que la cobertura de dicho atributo no solo abarca el ámbito estrictamente individual, sino que también se extiende al entorno familiar e, incluso, al comunitario por tratarse de un bien que trasciende la órbita personal.
14. En este contexto, queda fuera de toda duda que la salud se configura como un derecho fundamental indiscutible y, como tal, se convierte en objeto de acciones positivas y negativas por parte del Estado. En cuanto receptor de acciones positivas, el Estado debe promover condiciones que faciliten el acceso a este derecho de modo



progresivo. En cuanto a lo segundo, debe garantizar su protección adecuada en caso de desconocimiento.

§4. Análisis del caso concreto

15. En el caso de autos, no existe controversia alguna respecto del servicio militar prestado por el recurrente desde el 1 de julio de 1987 al 31 de junio de 1989, según puede desprenderse de la libreta militar de fojas 66 (adjuntada por el demandante) y del libro de personal del Regimiento de Caballería Glorioso Húsares de Junín N.º 1 - Libertador del Perú (presentado por el demandado y que consta en el cuadernillo de este Tribunal).
16. Asimismo, con las publicaciones periodísticas de fojas 43 a 58, se advierte que el actor fue víctima de un atentado terrorista cuando, en su condición de integrante del Regimiento de Caballería Glorioso Húsares de Junín N.º 1 - Libertador del Perú, se desplazaba junto a otros integrantes del citado regimiento por el jirón Junín, Cercado de Lima, con dirección a Palacio de Gobierno, el 3 de junio de 1989.
17. En tal sentido, a continuación, se analizará la solicitud del recurrente de practicarle un peritaje médico legal en el Hospital Militar Central, en el contexto de sus servicios militares prestados a las Fuerzas Armadas.
18. Al respecto, el Decreto Legislativo 264, Ley del Servicio Militar Obligatorio, vigente cuando el actor prestaba dicho servicio, en su artículo 3, disponía que “[e]l servicio militar obligatorio tiene por finalidad capacitar a los peruanos, en edad militar, para su eficiente participación en la Defensa Nacional, impartándose adiestramiento militar en los Institutos de las Fuerzas Armadas: Ejército, Marina de Guerra o Fuerza Aérea”. Asimismo, el artículo 68 de la misma norma establecía que “[d]urante el periodo en que el personal sirva en el Activo Acuartelado, las prestaciones de salud estarán a cargo del respectivo Instituto”. De la misma manera, el artículo 70 prescribía que “[e]l personal del Servicio en el Activo que invalidara o falleciera en acto o como consecuencia del servicio, tendrá derecho a Pensión de Invalidez o generará a favor de sus deudos la pensión de Sobrevivientes [...]”.
19. Cuando el accidente o la enfermedad son declarados durante el periodo en que se realiza el servicio militar, se presume que la configuración de la invalidez no es un hecho controvertido. En cambio, si la enfermedad es declarada luego de culminado el servicio militar, la configuración de la invalidez se convierte en un hecho controvertido; pues se debe determinar si esta se produjo en el periodo en que se brindó el servicio militar, máxime si, a la finalización del servicio, no se realizó una evaluación médica a la persona que lo prestó. Así, la enfermedad puede presentarse durante la prestación del servicio militar o al término de este, ya que existen enfermedades que pueden manifestarse de distintas maneras y que no impiden necesariamente seguir prestando el servicio. Por ello, cuando la enfermedad se presenta al término del servicio, corresponde otorgar la pensión de invalidez al



beneficiario después de establecer el nexo causal entre la prestación del servicio militar y la invalidez.

20. En el caso de autos, en concordancia con la delimitación del petitorio, solo corresponde determinar si existe una vulneración del derecho a la salud del recurrente, mas no si le corresponde una pensión de invalidez. Para ser beneficiario de dicha pensión, de manera previa, debe ser evaluado médicamente por el emplazado, tal y como lo ha expresado este último. En el caso de que se determine su invalidez, deberá establecerse el nexo causal entre la prestación del servicio militar y la enfermedad.
21. En este sentido, resulta evidente que las personas que prestaron servicio militar tienen derecho a las correspondientes prestaciones de salud, pese a la culminación de dicho servicio y siempre que la invalidez haya surgido como consecuencia de este; pues corresponde al Estado garantizar el derecho a la salud de aquellas personas que recibieron adiestramiento militar para participar de la defensa nacional. No puede hablarse de prestaciones de salud, a favor del recurrente, si antes no se ha establecido el nexo causal entre el servicio militar brindado y el menoscabo de su salud. Mucho menos puede hablarse de este si no existe, previamente, una evaluación médica de parte del emplazado.
22. Lo expresado no implica, *prima facie*, que tengan derecho a las prestaciones de salud; pues para estas se requiere que la referida evaluación médica determine algún menoscabo de la salud del actor y que este se deba a la prestación del servicio militar. Para ello, se deberá tener en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante, el tiempo transcurrido entre la fecha de baja y la fecha de determinación de la enfermedad, las condiciones inherentes al lugar donde permaneció, las agresiones o ataques de las que fue víctima en cumplimiento de su servicio militar, entre otros. Por lo tanto, la relación de causalidad no se presume, sino que se tiene que probar.
23. Sobre las evaluaciones médicas para efectos de que se declare la invalidez o incapacidad, el artículo 24 del Decreto Supremo 009-DE-CCFA, reglamento del Decreto Ley 19846, prescribe que “Ningún examen de reconocimiento médico podrá ser solicitado, ordenado ni practicado para la declaración de invalidez o incapacidad, **después de tres años de producida la lesión y/o advertida la secuela**” (El resaltado es nuestro). Sin embargo, esta disposición reglamentaria desarrolla de manera restrictiva el derecho a la salud. Y es que establecer un plazo máximo de 3 años para que se declare la invalidez o incapacidad genera un obstáculo en la accesibilidad de la prestación de salud para las personas que no solicitaron el reconocimiento de la invalidez en dicho plazo. Esto no se condice con la obligación del Estado de fomentar todas las condiciones que viabilicen la plena efectividad del derecho a la salud.
24. Con base en lo expuesto, en el presente caso, estamos frente a una persona que prestó servicio militar y que solo solicita, al Hospital Militar Central, ser sometido a un peritaje médico legal que determine su real estado de salud. Es decir, en virtud del



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03691-2016-PA/TC
LIMA
SEGUNDO CERVANTES
COLCHADO

servicio militar realizado, requiere una evaluación médica, independientemente de que los resultados puedan dar lugar a prestaciones de salud. Por tanto, en atención de los fundamentos expuestos precedentemente e inaplicando el artículo 24 del Decreto Supremo 009-DE-CCFA, corresponde estimar la presente demanda.

§ Sobre el pago de costos y costas

25. El artículo 56 del Código Procesal Constitucional establece que “si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada [...]. En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos”. Entonces, en el presente caso, al haberse demandado al Hospital Militar Central, solo corresponde ordenarle el pago de los costos procesales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. **ORDENAR** al Hospital Militar Central que realice, a don Segundo Cervantes Colchado, un peritaje médico legal o informe médico que determine su real y actual estado de salud, en el plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.
3. **CONDENAR** al emplazado al pago de costos procesales a favor del recurrente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Si bien concuerdo con lo resuelto en la ponencia, considero pertinente complementar la premisa normativa empleada por la misma, bajo lo siguiente:

LOS DERECHOS SOCIALES

1. Un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por privilegiar valores tales como la igualdad y la libertad siempre que apunten al desarrollo de la dignidad humana, tal como está señalado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En ese sentido, es necesario articular los derechos fundamentales que de allí nacen.
2. Los derechos sociales han recorrido un largo camino, algunas veces para avanzar, otras para retroceder, pues incluso su propia locución ha servido para abordar diferentes situaciones normativas¹. En efecto, antes de entrar a la clásica distinción entre los derechos sociales y otros derechos, la propia acepción “derechos sociales” tiene varios sentidos: i) derechos sociales internacionales; ii) derechos sociales legislativos; iii) derechos sociales constitucionales².
3. Ahora bien, conviene destacar que tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.
4. Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales³.
 - ❖ Derechos sociales que en alguna medida comportan obligaciones negativas para el Estado, pero cuyo rasgo definidor principal sigue siendo prestacional. En este supuesto pueden encontrarse la mayoría de los derechos sociales.
 - ❖ Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.

¹ MAZZIOTTI, Manlio. “Diritti sociali”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 802-803.

² KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 18-19.

³ PACHECO TORRES, Miguel Ángel. *El estado del estado social. Una cuestión pendiente*. Barcelona, Atelier, 2017, pág. 49.



- ❖ Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional, pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.
5. Si bien el Tribunal Constitucional, a lo largo de su jurisprudencia constitucional, no ha delimitado la tutela de los derechos sociales como en el párrafo anterior, sí es factible sostener que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales ha sido superada.
 6. En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población⁴.
 7. En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos⁵.
 8. Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.
 9. Ahora bien, los derechos sociales y sus titularidades tienen ciertas particularidades que en algunos casos hacen que su urgencia sea extrema. Estas situaciones de especial vulnerabilidad se encuentran en los grupos históricamente discriminados, también conocidos como las categorías sospechosas⁶. Aquí podemos encontrar situaciones tan variables como la raza, la edad, el género, salud mental⁷, entre otros.

⁴ Exp. 02945-2003-AA, fundamento jurídico 12.

⁵ ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, pág. 24.

⁶ SABA, Roberto. "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?" En: GARGARELLA, Roberto (coordinador). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 695-742.

⁷ SMITH CASTRO, Pamela, BURGOS JAEGGER, Mariana. "Los debates pendientes en materia de discapacidad, libertad y capacidad jurídica". En: *Gaceta Constitucional*, Tomo 144, diciembre 2019, pp. 164-176. Precisamente sobre la discapacidad mental, la jurisprudencia constitucional tiene un largo camino por recorrer, como ya ha sido analizado en: RODRÍGUEZ GAMERO, Marco Alonso. "Nuevas perspectivas conceptuales en la afirmación del derecho a la igualdad en las personas con discapacidad mental: una evaluación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano". En: *Estudios*



10. La protección de los derechos sociales por las Cortes Constitucionales o quien haga de sus veces es indudable. Ergo, la problemática de los derechos sociales fundamentales no solamente la encontramos en su justiciabilidad, sino en la ejecución de las sentencias sobre la materia. Y es que las diferentes perspectivas en que se pueda vincular el control constitucional⁸ con las diferentes técnicas de interpretación jurídica respecto de los derechos sociales requieren necesariamente un Tribunal Constitucional fuerte, pero limitado.
11. Aunada a la idea anterior, encontramos que los derechos sociales al momento de ser judicializados, deben encontrar medidas más sencillas para que puedan ser protegidos, aunque dicha situación dependerá mucho del enfoque que se utilice para interpretar los derechos sociales fundamentales, es decir ya sea por un análisis de razonabilidad, del mínimo esencial⁹ o el test de proporcionalidad¹⁰.

EL DERECHO A LA IGUALDAD

12. La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).
13. Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.
14. Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a

Constitucionales, Vol. 18, Núm. 1, 2020, pp. 145-211.

⁸ Se distinguen hasta cinco formas de control constitucional respecto de los derechos sociales: YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 142-166.

⁹ Sobre el criterio de razonabilidad y el mínimo esencial: LIEBENBERG, Sandra. *Socio-Economic rights. Adjudication under a transformative constitution*. Claremont, Juta, 2010, pp. 131-227.

¹⁰ CONTIADES, Xenophon, ALKMENE, Fotiadou. “Social rights in the age of proportionality: global economic crisis and constitutional litigation”. In: *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 660-686.



una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).

15. Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de igualdad. Esto se aborda, con mayor claridad en la igualdad en sentido material, que explicaremos en este voto.
16. Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos¹¹. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.
17. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia, es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero, no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.
18. Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.
19. Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios¹²:
 - i) Escrutinio leve: Se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. En consecuencia, la carga de la

¹¹ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento”. En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

¹² Ídem, pp. 147-148.



argumentación la tiene quien se encuentra presuntamente vulnerado en su derecho a la igualdad.

- ii) Escrutinio intermedio: Exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias, así debe demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.
- iii) Escrutinio estricto: Implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación. Asimismo, la carga de la argumentación se traslada a quienes presuntamente han vulnerado el derecho a la igualdad. Por lo general, se aplica a grupos que históricamente han sido vulnerados, como las mujeres, las comunidades indígenas, entre otros. Es precisamente aquí, donde ante la falta de claridad es posible plantear las denominadas “categorías sospechosas”.

20. Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido¹³.

EL DERECHO FUNDAMENTAL-SOCIAL A LA SALUD

- 21. La salud puede ser entendida como el funcionamiento armónico del organismo, tanto en el aspecto físico como psicológico. Constituye una condición indispensable para el desarrollo y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha precisado, por su parte, que dicho concepto no se limita solo a la ausencia de enfermedad, sino que alude a un estado de completo bienestar físico, mental y social.
- 22. En lo que concierne al derecho a la salud, este comprende una serie de posiciones iusfundamentales, los cuales pueden ir desde el derecho a los servicios de salud hasta el derecho a que los determinantes sociales no impidan el goce de una buena salud (cfr. STC Exp. n.º 0033-2010-PI, f. j. 34).
- 23. En relación con el derecho a los servicios de salud, que tal vez es el ámbito más distintivo de este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que estos servicios deben ser brindados de *modo integral*, es decir, “(...) con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, en condiciones adecuadas de *calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad* física y económica, en tanto elementos esenciales de la atención sanitaria” (STC Exp. n.º 0033-2010-PI, f. j. 34.c). En este sentido, entonces, el contenido constitucionalmente

¹³ Ídem, pág. 153.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03691-2016-PA/TC
LIMA
SEGUNDO CERVANTES
COLCHADO

protegido del derecho a la salud comprende el derecho a recibir un servicio de salud otorgado de acuerdo a las características a las cuales se acaba de hacer referencia.

24. Por otra parte, este Tribunal ha tenido ocasión de referirse a la autonomía del derecho a la salud con respecto de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (STC Exp. n.º 5842-2006-PHC). Al respecto, ha afirmado que “quizás donde el Tribunal Constitucional ha de optimizar su posición es respecto a la *autonomía del derecho fundamental a la salud*. Es cierto que suele estar íntimamente relacionado con otros derechos o bienes jurídicos constitucionales, pero no puede negarse que su contenido es especial, único, exclusivo y excluyente, tal como se ha podido notar en el fundamento precedente.
25. De hecho, el derecho a la salud tiene sustento en el principio de dignidad del ser humano [posición asumida en la STC Exp. n.º 3593-2005-PA], está íntimamente conectado con el derecho a la vida, sobre todo con la vida digna [fundamento 28 de la STC Exp. n.º 2945-2003-AA; además, fundamento 27 de la STC Exp. n.º 2016-2004-AA y fundamento 43 de la STC Exp. n.º 3330-2004-AA], tiene una vinculación irresoluble con el derecho a la integridad [fundamento 10 de la STC Exp. n.º 05954-2007-PHC], y cuenta con un estrecho enlazamiento con el medio ambiente [fundamento 2 de la STC Exp. n.º 2064-2004-AA, sobre todo en lo relativo a la higiene ambiental]; pero igual debe permitirse su *tutela independiente*” (f. j. 48).

S.

MIRANDA CANALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03691-2016-PA/TC
LIMA
SEGUNDO CERVANTES
COLCHADO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por la ponencia, pero considero pertinente hacer énfasis en las siguientes consideraciones:

1. A propósito de las incidencias del caso concreto, consideramos que comprender la actuación del juez constitucional desde el parámetro de una Constitución “convencionalizada”, o dicho con otras palabras, dentro de una lógica de “convencionalización del Derecho”, resulta insoslayable. Y es que en contextos como el latinoamericano la convencionalización del Derecho ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.
2. Así, la apuesta por la “convencionalización del Derecho” permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia de otros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización del Derecho no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio. Implica más bien su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel, para así enriquecerlo y potenciarlo.
3. Ahora bien, es también pertinente indicar que esta “convencionalización del Derecho” se extiende más allá del circuito interamericano de protección de derechos humanos, esto es, no se agotan en el respeto de lo previsto en la Convención Americana o en la interpretación vinculante que de dicha Convención desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comprende, además, a los tratados internacionales y las distintas convenciones suscritas por los Estados (en este caso, el Convenio 87 de las OIT), la interpretación vinculante de las mismas o aquello que hoy se nos presenta como normas de los Cogens. Todo ello sin que se deje de reconocer en modo alguno la relevancia de lo propio, si existe, como elemento central para la configuración o el enriquecimiento, según fuese el caso, de un parámetro común de protección de derechos.
4. Asimismo, no debe olvidarse que todo esto parte de una idea de la interpretación de la Constitución y del Derecho como “concretización”, por lo que la dinámica aquí señalada le permite al juez o jueza constitucional desarrollar una perspectiva de su labor a la cual podemos calificar como “principalista”, o sustentada en la materialización de ciertos principios. Ello posibilita a los juzgadores(as) contar con una comprensión dinámica de su labor, comprensión no cerrada a una sola manera de entender las cosas para enfrentar los diferentes problemas existentes, problemas ante los cuales cada vez se le pide más una respuesta pronta y certera de estos juzgadores.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03691-2016-PA/TC
LIMA
SEGUNDO CERVANTES
COLCHADO

5. Siendo así, y a modo de síntesis, bien puede señalarse que en un escenario tan complejo como el que toca enfrentar a los jueces y juezas, la apuesta por un Derecho Común deviene en un poderoso aliado para la configuración, el enriquecimiento y la validación de las respuestas a dar a determinados y graves problemas que se presentan en la realidad, como lo representa, en la presente controversia, la vulneración de determinados derechos fundamentales del recurrente, específicamente, el derecho a la salud y, eventualmente, a la pensión.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03691-2016-PA/TC
LIMA
SEGUNDO CERVANTES COLCHADO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el mayor respeto por las opiniones de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular:

En el presente caso, el recurrente Cervantes Colchado, solicita al Director General del Hospital Militar Central se le practique un peritaje médico legal en el Hospital Militar Central, Departamento de Otorrinolaringología; el cual le servirá para solicitar, posteriormente, su pensión de invalidez.

Sostiene que, en su condición de integrante del Regimiento de Caballería Glorioso Húsares de Junín N.º 1 - Libertador del Perú, fue víctima de un atentado terrorista el 3 de junio de 1989, padeciendo de hipoacusia neurosensorial derecha profunda e izquierda moderada; por lo que a fin de evaluar su real estado de salud, el 9 de enero de 2015 solicitó al Director del Hospital Militar Central le realice un peritaje médico legal, el cual fue desestimado sin que exista un sustento legal para ello.

Al respecto, *en cuanto a las prestaciones de salud para las personas que hayan prestado servicio militar*, el artículo 68 del Decreto Legislativo 264, Ley del Servicio Militar Obligatorio, establecía que: “[d]urante el periodo en que el personal sirva en el Activo Acuartelado, las prestaciones de salud estarán a cargo del respectivo Instituto”. En esa línea, el artículo 24 del Decreto Supremo 072-84-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo 264, señalaba lo siguiente: “[d]urante el período en el que, el personal Sirva en el Activo Acuartelado, las prestaciones de salud serán de cargo del Instituto al que pertenezca; al ser Licenciado, recuperará automáticamente los derechos que prescribe el Sistema o Régimen de Prestaciones de Salud que puedan corresponderle [...]”.

En la actualidad, para que el recurrente tenga derecho de acceder a prestaciones de salud en el sistema a cargo del instituto militar, tendría que verificarse que la invalidez que padece se generó durante el periodo en que brindó el servicio militar.

Sin embargo, no se acredita en autos que la eventual invalidez que padece el recurrente se haya generado durante el periodo en que brindó su servicio militar; por lo tanto, no le corresponde una evaluación médica en el sistema derivado del servicio militar, esto es, en el Hospital Militar Central. Sin perjuicio de lo expuesto, resulta relevante señalar que el recurrente, como parte de su derecho a la salud, podría acceder a prestaciones de salud derivadas de otros sistemas, dentro de los cuales se encuentra el seguro integral de salud, regulado por la Ley 29344, Ley marco de aseguramiento universal en salud (TUU) aprobado por el artículo 1 del Decreto Supremo 020-2014-SA).

De otro lado, *en cuanto a la pensión de invalidez*, por acto, con ocasión o como consecuencia del servicio, se requiere de un informe médico emitido por la Junta de Sanidad del Instituto o de la Sanidad de las Fuerzas Policiales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03691-2016-PA/TC
LIMA
SEGUNDO CERVANTES COLCHADO

Sin embargo, el artículo 24 del Decreto Supremo 009-DE-CCFA (Reglamento del Decreto Ley 19846), establece que “Ningún examen de reconocimiento médico podrá ser solicitado, ordenado ni practicado para la declaración de invalidez o incapacidad, *después de tres años de producida la lesión y/o advertida la secuela.*” (énfasis agregado).

En el presente caso, han transcurrido más de veinticinco (25) años desde que el recurrente culminó su servicio militar y fue víctima del atentado terrorista. En consecuencia, no le corresponde someterse a un peritaje médico legal en el Hospital Militar Central.

Por estas razones, considero que la demanda de amparo debe ser declarada **INFUNDADA.**

S.

SARDÓN DE TABOADA